



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1345 del 2014, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Comitel S.r.l. in A.T.I. con Emmecci S.r.l. e Renova Restauri S.r.l., rappresentato e  
difeso dagli avv. Serena Caradonna, Patrizia Sayia, Carlo **Comande'**, con domicilio  
eletto presso Barbara Rota in Torino, Via Montecuccoli 7;

*contro*

Comune di Vercelli, rappresentato e difeso dagli avv. Claudio Vivani, Alberto  
Marengo, con domicilio eletto presso Claudio Vivani in Torino, corso Galileo  
Ferraris, 43;

*nei confronti di*

Tecse Engineering; Cerutti Lorenzo S.r.l. e Lis S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv.  
Marco Salina, Luca Griselli, Patrizia Polliotto, con domicilio eletto presso Patrizia  
Polliotto in Torino, Via Roma, 366;

*per l'annullamento:*

A) quanto al ricorso principale:

- del provvedimento, ad oggi non conosciuto, con il quale la Stazione appaltante ha autorizzato, in esito alle verifiche, il subentro ai sensi dell'articolo 51 del D.lgs. 163/2006 e s.m.i. della Cerutti Lorenzo S.r.l. nella posizione di aggiudicataria rivestita dalla LIS S.r.l.;

- del processo verbale di ripresa dei lavori del 14 ottobre 2014, conosciuto solo a seguito di accesso agli atti del 15 ottobre 2014, dal quale si evince che l'impresa Cerutti Lorenzo s.r.l. è subentrata in affitto alla LIS S.r.l. e per l'effetto sono stati ordinati alla prima di riprendere i lavori;

- ove occorra e per quanto di ragione di tutte le note con le quali il Comune di Vercelli ha richiesto la documentazione per verificare il possesso dei requisiti in capo alla Cerutti Lorenzo S.r.l. , in particolare le note prot. nn. 36603, 36604, 36605, 36606, 36607, 36608, tutte del 18 settembre 2014;

- ove occorra e per quanto di ragione della comunicazione di subentro dell'impresa LIS S.r.l. a seguito di contratto di affitto di ramo d'azienda inviata dalla Cerutti Lorenzo S.r.l., assunta al protocollo del Registro Ufficiale del Comune di Vercelli in data 25 giugno 2013 con il prot. n. 24916;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto per la progettazione esecutiva e i lavori per "Restauro e risanamento conservativo di immobili da destinarsi a biblioteca - 1° lotto: "consolidamento statico ex farmacia, realizzazione ludoteca e restauro facciate";

B) quanto ai motivi aggiunti depositati in data 16.12.2014:

- della nota del Comune di Vercelli, prot. n. 46519 del 14 novembre 2014, trasmessa via pec in data 17 novembre 2014, con la quale in riscontro alla nota inviata dall'ATI odierna ricorrente si è comunicato che in data 12 novembre 2014 rep. n. 3 è stato sottoscritto il contratto di appalto di cui ai lavori per cui è causa "confermando pertanto gli atti adottati";

- di ogni atto presupposto o conseguente ad oggi non conosciuto;

B) quanto al ricorso incidentale presentato da Cerutti Lorenzo s.r.l. e depositato il 17.12.2014:

del provvedimento di ammissione/mancata esclusione dell'offerta presentata dall'A.T.I. Comitel, ricorrente principale, nella medesima procedura di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Vercelli e di Cerutti Lorenzo S.r.l. e Lis S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Cerutti Lorenzo S.r.l. e Lis S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Salina, Luca Griselli, Patrizia Polliotto, con domicilio eletto presso Patrizia Polliotto in Torino, Via Roma, 366;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2015 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Nel corso dell'anno 2013 il Comune di Vercelli ha indetto una gara per l'affidamento di un appalto integrato di progettazione esecutiva e lavori di restauro e risanamento conservativo dell'immobile sede della Biblioteca comunale, lotto 1°.

2. A seguito delle operazioni di gara e previa determinazione della soglia di anomalia, con determinazione del 5/11/2013 l'appalto veniva aggiudicato al r.t.i. Damiani Costruzioni s.r.l.- Gianni Benvenuto S.p.A., che aveva presentato la migliore offerta non anomala, classificandosi in graduatoria primo davanti a LIS s.r.l.. Questa ultima proponeva tuttavia ricorso a questo Tribunale, che con sentenza n. 383/2014 del

6/03/2014 annullava l'aggiudicazione, affermando doversi rideterminare la soglia di anomalia, anche in considerazione del fatto che alcune partecipanti avrebbero dovuto essere escluse.

3. Il Comune di Vercelli, pertanto, dopo aver adito questo Tribunale per chiedere chiarimenti in ordine alle modalità di esecuzione della sentenza, decideva di riconvocare il seggio di gara per il 12/05/2014: nella occasione la soglia di anomalia veniva rideterminata, e rispetto a tale soglia la prima offerta utile risultava essere quella di LIS s.r.l., che si classificava prima in graduatoria davanti alla ricorrente a.t.i. composta da COMITEL s.r.l. , mandataria, EMMECI s.r.l., mandante, Renova Restauri s.r.l., mandante (in prosieguo: a.t.i. Comitel).

4. Con determinazione del Direttore del Settore finanziario, tributario e patrimoniale del 15/05/2014 il Comune di Vercelli aggiudicava l'appalto a LIS s.r.l.: di tale provvedimento il Comune di Vercelli provvedeva a dare formale comunicazione alle altre ditte partecipanti la gara, ai sensi dell'art. 79 comma 5 C.C.P., con comunicazione ricevuta dalla ricorrente il 19/05/2014.

5. Con verbale del 4/06/2014 il Comune di Vercelli dava atto del permanere delle condizioni che consentivano l'immediata esecuzione dei lavori e provvedeva alla consegna degli stessi in via d'urgenza, sotto le riserve di legge.

6. Il 20/06/2014 LIS s.r.l. stipulava un contratto d'affitto di ramo d'azienda e preliminare di vendita con la Cerutti Lorenzo s.r.l.: il contratto, che comprendeva anche la cessione della posizione di aggiudicataria nella gara per cui è causa, conteneva una clausola in base alla quale esso avrebbe preso efficacia una volta verificatesi alcune condizioni: in particolare del verificarsi di tali condizioni le parti avrebbero dovuto darsi reciprocamente atto formalmente in un apposito atto ricognitivo che avrebbe costituito "data di efficacia e decorrenza" dell'affitto del ramo d'azienda-

7. Lo stesso 20/06/2014 la Cerutti Lorenzo s.r.l. scriveva al Comune di Vercelli comunicando l'avvenuta stipula del contratto di cui al punto precedente, chiedendo pertanto di subentrare a LIS s.r.l. ai sensi e per gli effetti dell'art. 51 C.C.P..

8. Il 24/06/2014 LIS s.r.l. presentava al Tribunale di Milano domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161 comma 6 Legge Fallimentare: dal decreto del 26 giugno successivo, con cui il Tribunale di Milano ha riscontrato l'istanza, si evince che la domanda presentata da LIS s.r.l. era formulata con riserva di presentare una proposta definitiva di concordato, al qual fine il Tribunale concedeva a LIS s.r.l. termine fino al 24/10/2014, espressamente vietando, nel frattempo, qualsiasi pagamento relativo a debiti pregressi, pena la decadenza dalla istanza.

9. Il 23/07/2014 Cerutti Lorenzo s.r.l. chiedeva, avvalendosi dei requisiti acquisiti in forza del contratto d'affitto d'azienda, il rilascio della attestazione SOA relativa ai lavori di categoria OG2, classifica VIII.

10. Nel frattempo il Comune di Vercelli effettuava i controlli di rito per verificare la permanenza dei requisiti generali nonché quelli relativi alla regolarità contributiva: dal D.U.R.C. rilasciato il 09/07/2014, in particolare, emergeva che LIS s.r.l. non era regolare con i pagamenti dovuti all'I.N.A.I.L. per quasi 40.000,00 euro, riferiti agli anni 2013 e 2014, e per pagamenti dovuti all'I.N.P.S. per circa 545.000,00 euro, riferiti al 2014. Oltre a ciò emergeva una posizione di irregolarità anche con riferimento alla Cassa Edile. Pertanto, con nota del 24/07/2014 veniva avviato il procedimento di annullamento in autotutela della aggiudicazione pronunciata a favore di LIS s.r.l.

11. Alla nota di cui al punto che precede LIS s.r.l. dava riscontro con missiva del 29/07/2014 nella quale, in sostanza, sosteneva che i requisiti avrebbero dovuto essere verificati solo in capo alla affittuaria d'azienda. Oltre a ciò LIS s.r.l. rappresentava di essere stata ammessa alla procedura di concordato preventivo con

continuità aziendale, che tale circostanza determinava l'impossibilità di procedere a pagamenti e che peraltro ai sensi del D.M. 24/10/2007 il D.U.R.C. deve considerarsi regolare quando i pagamenti dei contributi siano stati sospesi a seguito di disposizioni legislative. Con successiva nota del 18/08/2014 LIS s.r.l. osservava, ancora, che la propria posizione contributiva era del tutto regolare al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara; che, comunque, ai sensi dell'art. 81 comma 8 del D.L. 69/2013 gli enti previdenziali non possono emettere un D.U.R.C. negativo prima di aver invitato la impresa interessata a regolarizzare la posizione entro i successivi 15 giorni, ciò che nella specie non era accaduto; che pertanto il D.U.R.C. nel frattempo acquisito dal Comune di Vercelli non avrebbe potuto fondare l'annullamento della aggiudicazione già pronunciata a suo favore, anche perché la ammissione al concordato preventivo precludeva di effettuare qualsiasi pagamento.

12. In data 4/09/2014 LIS s.r.l. e Cerutti Lorenzo s.r.l. sottoscrivevano l'atto ricognitivo dell'avverarsi delle condizioni cui era sottoposta l'efficacia del contratto d'affitto d'azienda del 20/06/2014.

13. Il 14/10/2014 il Comune di Vercelli ordinava alla Cerutti Lorenzo s.r.l. la ripresa dei lavori, già consegnati in via d'urgenza a LIS s.r.l.

14. Con determina del 23/10/2014 n. 3187 il Dirigente del Settore Urbanistica e Sviluppo Economico del Comune di Vercelli consentiva al subentro della Cerutti Lorenzo s.r.l. nella posizione di aggiudicataria, in luogo di LIS s.r.l., ed il 12 Novembre addiveniva alla stipula del contratto con Cerutti Lorenzo s.r.l., dando atto, nel contratto stesso, che sia LIS s.r.l. che la subentrante risultavano in regola con gli adempimenti previdenziali e contributivi, ed in particolare che *“la regolarità contributiva di LIS s.r.l. è stata accertata con riferimento al termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, mentre per il periodo successivo la regolarità contributiva risulta in forza dell'art. 5 comma 1 lett. b) del D.M. 24 Ottobre 2007,*

*alla luce del decreto di ammissione al concordato preventivo che espressamente sancisce la cristallizzazione del patrimonio di LIS medesima, tramite imposizione del divieto di pagamento di crediti antecedenti alla richiesta di concordato preventivo”.*

15. Della avvenuta stipula del contratto con Cerutti Lorenzo s.r.l. il Comune di Vercelli dava comunicazione alle altre ditte partecipanti con nota trasmessa a mezzo p.e.c. il 14/11/2014.

16. Nel frattempo la ricorrente a.t.i. Comitel, con istanza del 15/10/2014 chiedeva l'accesso agli atti della gara, esercitato il quale apprendeva delle circostanze sopra riferite.

17. Con ricorso passato a notifica il 13/11/2014 e depositato il successivo 27/11 la a.t.i. Comitel ha impugnato l'aggiudicazione definitiva pronunciata a favore di LIS s.r.l., nonché tutti i successivi atti, deducendone la illegittimità per i seguenti motivi:

I) violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 51 C.C.P. nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria: in caso di modificazione soggettiva riguardante il partecipante ad una gara, i requisiti di partecipazione debbono essere verificati sia in capo alla impresa interessata, sia nei confronti della impresa subentrante; nel caso di specie, al momento del subentro, cioè al 4/09/2014, LIS s.r.l. aveva un D.U.R.C. negativo, ed inoltre non disponeva già più della posizione di aggiudicatario, che aveva perso presentando la domanda di ammissione al concordato preventivo;

II) violazione e falsa applicazione dell'art. 40 C.C.P. e difetto di istruttoria: Cerutti Lorenzo s.r.l. non possedeva da sola i requisiti di capacità tecnica necessari ad effettuare i lavori oggetto di appalto, né la qualificazione posseduta da LIS s.r.l. si è trasferita a favore della subentrante per effetto automatico del contratto d'affitto d'azienda; pertanto in capo al soggetto aggiudicatario non v'è, a partire dal momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara sino al momento della stipula del contratto, continuità nel possesso dei requisiti di capacità tecnica.

17.1. Comitel ha quindi concluso chiedendo l'annullamento degli atti impugnati, disponendo l'inefficacia del contratto nel frattempo stipulato e/o il subentro di essa a.t.i. ricorrente, insistendo in via subordinata per la rifusione del danno connesso alla mancata esecuzione dei lavori.

18. Costituendosi in giudizio il Comune di Vercelli ha resistito al ricorso, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del medesimo per tardività, nella parte in cui aveva ad oggetto anche l'aggiudicazione del 15/05/2014 e per difetto di interesse, quanto alla impugnazione degli atti successivi, che non avrebbero potuto essere travolti stante il consolidamento della aggiudicazione. Nel merito ha sostenuto che l'affitto d'azienda doveva ritenersi perfezionato al 20/06/2014, cioè prima della presentazione, da parte di LIS s.r.l., della domanda di ammissione al concordato preventivo; che il D.U.R.C. rilasciato dagli enti previdenziali doveva ritenersi illegittimo, non essendo stato preceduto dall'invito a LIS s.r.l. di regolarizzare la posizione; che tale regolarizzazione era comunque preclusa dalla pendenza della procedura di concordato; che, infine, il concordato richiesto da LIS s.r.l. era "in bianco" e quindi non idoneo a determinare la perdita di capacità della stessa a partecipare alla gara. Sul secondo motivo il Comune di Vercelli ha sostenuto che il contratto d'affitto azienda consentiva a Cerutti Lorenzo s.r.l. di avvalersi dei requisiti della aggiudicataria, e che sulla base di ciò aveva chiesto ed ottenuto una attestazione SOA anche per i lavori di categoria OG2, classifica VIII, assicurandosi così la continuità nel possesso dei requisiti richiesti dal bando. Stante la tardiva impugnazione della aggiudicazione e la impossibilità di disporre l'annullamento, il Comune di Vercelli ha inoltre eccepito l'impossibilità di dichiarare la declaratoria di inefficacia del contratto, ancorché ritenuta la illegittimità del subentro.

19. Con atto passato a notifica il 5/12/2014, depositato il successivo 15/12, Comitel ha proposto motivi aggiunti chiedendo l'annullamento della determina del Dirigente n. 46519 del 14/11/2014, con la quale è stata data comunicazione, alla ricorrente,

dell'avvenuta stipula del contratto. A sostegno del ricorso ha dedotto l'illegittimità dell'atto impugnato per violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 3 L. 241/90, difetto di motivazione ed eccesso di potere, per palese inadeguatezza della motivazione, nonché per gli stessi motivi già dedotti in ricorso introduttivo.

20. Cerutti Lorenzo s.r.l. si è costituita in giudizio per resistere al ricorso, formulando altresì ricorso incidentale paralizzante. Premettendo che per la parte progettuale la a.t.i. Comitel aveva indicato il Raggruppamento di professionisti composto da Itinera Lab. S.r.l., in persona dell'amministratore unico arch. Giovanni Nuzzo, capogruppo, S.A.S.I. Progetti, mandante; e arch. Giovanni Nuzzo, in qualità di libero professionista singolo, mandante (in prosieguo: "Raggruppamento Itinera Lab"), e che il suddetto Raggruppamento doveva considerarsi verticale, in quanto ciascuno dei soggetti partecipanti aveva dichiarato di occuparsi di distinte tipologie di opere (e precisamente, secondo la prospettazione della ricorrente incidentale: l'arch. Nuzzo per le opere di cat. Id, e S.A.S.I. Progetti per tutte le altre opere, di cat. Ig, IIIa, IIIb e IIIc) , la ricorrente incidentale ha sostenuto che la a.t.i. Comitel avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per le seguenti ragioni:

I) violazione degli artt. 37, 90 lett. g) del D. L.vo 163/06, dell'art. 261 D.P.R. 207/10, violazione della *lex specialis* di gara con riferimento ai requisiti minimi per la progettazione, violazione del c.d. "auto vincolo amministrativo", difetto di istruttoria e motivazione: S.A.S.I. Progetti ha indicato un fatturato, relativo ai servizi analoghi dell'ultimo decennio, in misura ben superiore a quello indicato dalla mandataria Itinera Lab, così violando l'art. 261 comma 6 del regolamento, a mente del quale la percentuale di requisiti della mandataria deve comunque essere maggioritaria rispetto a quella delle mandanti; inoltre, benché S.A.S.I. Progetti si sia assunta, da sola, l'impegno di eseguire la progettazione delle opere di categoria prevalente Ig, IIIa, IIIb e IIIc, essa non ha speso alcun requisito a dimostrazione della capacità tecnica posseduta con riferimento alla progettazione di tali opere, in

particolare omettendo di dichiarare qualsiasi cifra relativamente al fatturato per servizi analoghi dell'ultimo decennio. Questo errore è stato compiuto dal Raggruppamento in questione anche relativamente ai c.d. "servizi di punta", relativamente ai quali non è stato speso alcun requisito da parte di S.A.S.I Progetti: il fatturato per i "servizi di punta" è stato infatti speso solo da Itinera Lab. e dall'ing Nuzzo, tra l'altro anche in violazione dell'art. 261 comma 8, che vieta il frazionamento dei requisiti relativi ai "servizi di punta".;

II) violazione dell'art. 37 C.C.P., dell'art. 17 della *lex specialis*, del c.d. "atto di auto vincolo", difetto di istruttoria e di motivazione: dal confronto tra le dichiarazioni rese dalla a.t.i. Comitel e quelle rese dalle imprese del Raggruppamento Itinera Lab non è chiaro quale, di queste ultime, dovesse assumere il ruolo di "capogruppo": in particolare non è chiaro se tale ruolo debba essere assunto dall'arch. Giovanni Nuzzo in qualità di libero professionista singolo o in qualità di amministratore unico e legale rappresentante di Itinera Lab s.r.l.;

III) violazione dell'art. 37 C.C.P., dell'art. 17 della *lex specialis*, del c.d. "atto di auto vincolo", difetto di istruttoria e di motivazione: non risulta attiva la Partita IVA della S.A.S.I. Progetti, il che depone per la inesistenza giuridica di tale soggetto e per la non genuinità delle dichiarazioni da essa rese;

IV) violazione dell'art. 91 comma 3 C.C.P., dell'art. 15 della *lex specialis* e del c.d. "atto di auto vincolo", difetto di istruttoria e motivazione: l'a.t.i. Comitel ha reso una dichiarazione perplessa in ordine alla intenzione di ricorrere al subappalto, poiché da una parte ha dichiarato l'intenzione di ricorrere al subappalto per le prestazioni di progettazione e d'altro lato non ha compilato il modello C a ciò destinato.

21. Il ricorso è stato chiamato alle camere di consiglio del 17/12/2014 e 14/01/2015.

22. Dopo scambio di memorie e documenti il ricorso è stato infine introitato a decisione alla pubblica udienza del 25/02/2015

## DIRITTO

23. Il Collegio procede, preliminarmente alla disamina del ricorso incidentale proposto da Cerutti Lorenzo s.r.l., che se accolto determinerebbe l'esclusione dell'a.t.i. Comitel dalla gara e la conseguente improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, del ricorso introduttivo del giudizio e dei motivi aggiunti. Prima di procedere alla disamina delle varie doglianze è tuttavia necessario soffermarsi, in punto di fatto, sulle dichiarazioni prodotte dalle imprese del Raggruppamento Itinera lab al fine di partecipare alla gara.

23.1. In giudizio è stato prodotto il Modello D prodotto da ciascuna delle imprese da ultimo citate, il quale modello è strutturato come segue.

23.1.1. Anzitutto v'è l'indicazione della persona fisica dichiarante, con la specificazione della sua qualità (professionista singolo o legale rappresentante di una società); il modello D risulta quindi essere stato presentato: dall'arch. Giovanni Nuzzo nella sua qualità di legale rappresentante e direttore tecnico della Itinera Lab s.r.l.; dall'ing. Giovanni Blanda, in qualità di libero professionista associato e legale rappresentante di S.A.S.I. Progetti; ed ancora dall'arch. Giovanni Nuzzo, in qualità di libero professionista singolo.

23.1.2. Nel modello D segue poi la dichiarazione circa le persone legalmente autorizzate ad impegnare il concorrente dichiarante: per Itinera Lab. s.r.l. è stato quindi indicato l'arch. Giovanni Nuzzo, quale socio di maggioranza al 90%, direttore tecnico ed amministratore unico e legale rappresentante; per S.A.S.I. Progetti è stato indicato l'ing. Giovanni Blanda, in qualità di legale rappresentante e libero professionista associato; per l'arch. Giovanni Nuzzo è stato indicato il medesimo quale libero professionista.

23.1.3. Segue poi la dichiarazione inerente le figure professionali che avrebbero "ricoperto" la progettazione esecutiva dei lavori. Questa parte del modello D è identica per tutte e tre le ditte partecipanti al Raggruppamento ed indica: l'arch.

Giovanni Nuzzo (senza alcuna specificazione) per la progettazione architettonica, il coordinamento generale e quale esperto nel restauro architettonico di beni vincolati; l'ing. Giovanni Blanda *“(legale rappresentante di S.A.S.I. Progetti s.r.l.)”* per la progettazione di impianti fluido-meccanici, e progettazione antincendio; l'ing. Federico Blanda per la progettazione di impianti elettrici; l'ing. Chiara Barbaro per la progettazione strutturale; arch. Domenico Nuzzo *“(socio Itinera Lab)”* quale giovane professionista. Nessun riferimento alle categorie di lavori viene effettuata in questa parte del modello D mentre per ognuno dei professionisti indicati vengono menzionati gli estremi di iscrizione all'albo professionale.

23.1.4. Seguono le dichiarazioni di rito afferenti l'art. 38 C.C.P.

23.1.5. Il Modello D si chiude con la dichiarazione, identica nei tre casi, per cui *“In caso di aggiudicazione sarà conferito mandato con funzioni di capogruppo (art. 37 comma 14 D. L.vo 163/2006 e s.m.) all'arch. Giovanni Nuzzo in qualità di Direttore Tecnico della Itinera Lab s.r.l.”*, ed inoltre con la seguente dichiarazione, ancorquì identica nei tre casi: *“indica la quota di partecipazione all'associazione, corrispondente alla percentuale di prestazione che sarà eseguita da ciascun concorrente (art. 37 comma 13 D. L.vo 163/2006 e s.m.): Itinera Lab s.r.l., (capogruppo mandante) 50%; S.A.S.I. Progetti s.r.l. (mandante) 40% - nelle persone di Ing. Giovanni Blanda associato della S.A.S.I. Progetti, ing. Federico Blanda, associato della S.A.S.I. Progetti, ing. Chiara Barbaro associata S.A.S.I. Progetti – e arch. Giovanni Nuzzo (mandante) 10% “.*

23.1.6. Ebbene, ritiene il Collegio che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente incidentale, il modello D prodotto dalle tre imprese del Raggruppamento Itinera Lab non sia idoneo ad affermare che esso costituisce un raggruppamento verticale. In senso contrario, e cioè nel senso che esso costituisce un raggruppamento orizzontale, depone, anzitutto il fatto che con la dichiarazione finale, dianzi riportata, le tre imprese si sono spartite in termini percentuali sia i lavori da effettuarsi sia i costi ed i proventi derivanti dalla partecipazione alla gara. Oltre a

ciò non si può sottacere che non v'è nel modello D una chiara dichiarazione delle tre imprese che vada nel senso della costituzione di un raggruppamento verticale né, del resto, una chiara assunzione di impegno, per ciascuna di esse, di effettuare solo i lavori di categoria Id, ovvero Ig, ovvero IIIa, IIIb o IIIc: come si è visto, nei tre modelli vi è semplicemente l'indicazione dei vari progettisti e della tipologia dei lavori per la cui progettazione ognuno di essi sarebbe stato responsabile, lavori indicati, però, non per classe e categoria ma in maniera descrittiva (es: progettazione architettonica; coordinamento generale, progettazione impianti fluido-meccanici, e così via dicendo). Tale indicazione non appare decisiva ai fini di far emergere la volontà del raggruppamento di spartirsi la progettazione in maniera verticale per la ragione che essa risponde anche, e prima di tutto, alle esigenze dell'art. 90 comma 7 C.C.P., a mente del quale *“Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico di cui al comma 6, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione della offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche...”*. L'indicazione di cui si discute, che trovasi sulla seconda facciata dei modelli D sottoscritti dalle imprese del Raggruppamento Itinera Lab , pare quindi avere più il significato di indicare il soggetto responsabile per le varie branche specialistiche di progettazione, senza escludere il fatto che i progetti possano poi materialmente essere redatti, sia pure parzialmente, anche dagli altri professionisti indicati nella offerta, ciò che del resto non sembra precluso dal dianzi ricordato art. 90 comma 7 C.C.P. L'assunto della ricorrente incidentale, secondo il quale il Raggruppamento Itinera Lab costituirebbe un raggruppamento di tipo verticale, sembra invece partire dal principio per cui ogni professionista può – nell'ambito delle commesse pubbliche – mettere mano solo a progetti per i quali essi possa vantare una specializzazione, con il risultato che se per

una singola tipologia di lavori solo uno dei soggetti costituenti un raggruppamento temporaneo ex art. 90 C.C.P. disponga del relativo professionista specialista, ebbene ciò comporta automaticamente che solo quel soggetto possa eseguire quella particolare progettazione, e se tale situazione si verifica con riferimento ad ogni tipologia di opere da progettare, allora ne consegue una automatica “verticalizzazione” della spartizione delle competenze nell’ambito del raggruppamento. Tale impostazione il Collegio non ritiene condivisibile per le ragioni sopra indicate. Peraltro nel caso di specie si deve rilevare che anche per quanto riguarda l’arch. Giovanni Nuzzo non si comprende se ed in che misura - per le prestazioni di progettazione architettonica, coordinamento generale ed esperto nel restauro architettonico di beni vincolati - l’assunzione di responsabilità sia stata effettuata per conto di Itinera Lab , di cui è direttore tecnico e legale rappresentante, e/o o per conto di sé stesso quale professionista singolo (non a caso nello stesso ricorso incidentale le opere di cui alla categoria Id sono attribuite all’arch. Giovanni Nuzzo senza specificare se tali opere siano assunte da Itinera Lab o dall’arch. Nuzzo in proprio): ora, è evidente che ove il Raggruppamento avesse veramente inteso darsi una conformazione verticale l’offerta così come formulata avrebbe dovuto essere esclusa, poiché in mancanza di specificazione le competenze dell’arch. Nuzzo avrebbero dovuto essere imputate al medesimo Nuzzo per sé stesso, così restando Itinera Lab priva di responsabilità benché indicata come capogruppo. Allo stesso modo non è chiaro di quale progettazione dovesse farsi carico l’arch. Domenico Nuzzo, socio al 5% della Itinera Lab ed indicato quale giovane professionista (evidentemente ai sensi degli artt. 90 comma 7 C.C.P. e 253 comma 5 D.P.R. 207/10), potendosi conseguentemente ritenere -anche seguendo il ragionamento della ricorrente incidentale – che sia stato indicato quale aiuto od assistente per una qualsiasi della tipologia di progettazione che viene in considerazione nel caso di specie (e quindi anche per le progettazioni relative alle opere di categoria III), il che

appare legittimo ma contraddice alla volontà di costituire un raggruppamento verticale.

23.1.7. Benché la ricorrente a.t.i. Comitel nei propri scritti, in replica al ricorso incidentale, non abbia neanche provato a sostenere la natura orizzontale del Raggruppamento Itinera Lab, il Collegio ritiene che non sussistano elementi sufficientemente univoci per affermare che esso sia un raggruppamento verticale o, anche solo, un raggruppamento misto orizzontale-verticale (cioè orizzontale tra Itinera Lab e l'arch. Nuzzo, e verticale tra questi due soggetti e S.A.S.I. Progetti, laddove questa ultima avrebbe dovuto farsi carico da sola della progettazione delle opere di cat. III), e pertanto deve essere privilegiata, ai fini della interpretazione del modello D prodotto dalle imprese del Raggruppamento medesimo, la dichiarazione secondo la quale Itinera lasb s.r.l. avrebbe assunto il 50% delle quote di esecuzione e partecipazione all'associazione, S.A.S.I. Progetti il 40% e l'arch. Giovanni Nuzzo in proprio il 10%, dovendosi pertanto ritenere che detti soggetti vollero costituire un raggruppamento orizzontale e non meramente verticale.

23.2. Ciò premesso e chiarito è possibile passare alla disamina del primo dei motivi di ricorso incidentale, che a sua volta si articola in tre sotto-motivi.

23.2.1 Si rammenta, in punto di fatto, che per quanto riguarda il requisito del fatturato per servizi analoghi svolti nell'ultimo quinquennio anteriore alla pubblicazione del bando, fatturato che il bando richiedeva fosse pari ad almeno 3 volte l'importo del corrispettivo stimato posto a base di gara (e cioè pari ad Euro 130.500,00), S.A.S.I. Progetti ha dichiarato un fatturato di Euro 851,852,00, quasi doppio a quello di Itinera Lab s.r.l., che invece ha dichiarato E. 464.722,10. Questa ultima avrebbe assunto, in caso di aggiudicazione, il ruolo di capogruppo (sul punto il Collegio ritiene opportuno aprire un inciso: in tutti i modelli D, ed anche nel modello E relativo alla dichiarazione di requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnico-organizzativa, Itinera Lab viene indicata come capogruppo di costituenda

associazione e, nello stesso tempo, come mandante, con il 50% di quote. Poiché Itinera Lab viene indicata come capogruppo anche nella offerta presentata dalla a.t.i. Comitel , poiché avrebbe assunto la quota maggioritaria, e poiché l'arch. Nuzzo, incaricato di coordinare i lavori, risulta socio al 90% di Itinera Lab s.r.l., pare verosimile che le imprese abbiano voluto designare Itinera Lab come capogruppo, quindi come mandataria e non come mandante). Secondo la ricorrente incidentale tale esibizione di requisiti violerebbe il disposto dell'art. 261 comma 7 del D.P.R. 207/2010, a mente del quale *“La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti”*.

23.2.1.1. Il Collegio ritiene infondata la censura. La ragione per cui viene richiesto che l'impresa mandataria di un raggruppamento orizzontale possieda i requisiti in misura maggioritaria riposa – come più volte è stato osservato in giurisprudenza – sulla necessità di garantire che il ruolo di maggiore responsabilità venga assunto da imprese che effettivamente vantino una tale capacità tecnica e finanziaria da essere in grado di guidare un raggruppamento. Orbene, ancorché il fatto che una impresa mandante esibisca un fatturato più elevato di quella della mandataria possa suggerire che tale mandante ha maggiore esperienza ed è quindi più qualificata della mandataria, la previsione in esame va comunque interpretata tenendo presente il principio fondamentale sotteso a tutta la normativa europea e nazionale in materia di appalti pubblici, che è quello per cui va incoraggiata la massima partecipazione e quindi non debbono essere frapposti, alla partecipazione di soggetti uniti in raggruppamento, ostacoli che non siano utili o necessari a garantire una migliore offerta e/o prestazione e/o serietà del soggetto partecipante. Da questo punto di vista è evidente che, una volta che una impresa dimostri di possedere i requisiti minimi richiesti dal bando, essa deve considerarsi automaticamente qualificata ed idonea ad assumere il ruolo di mandataria, e se più imprese di un raggruppamento si trovano in questa medesima condizione, la mandataria-capogruppo sarà scelta

dalle imprese del raggruppamento in esito ad una valutazione interna di natura negoziale che la stazione appaltante non potrà sindacare. L'art. 261 comma 7, laddove prevede che nei raggruppamenti che partecipano a gare aventi ad oggetto servizi di progettazione la mandataria deve possedere i requisiti in misura comunque maggioritaria, deve quindi intendersi nel senso che la mandataria deve possedere almeno una percentuale maggioritaria dei requisiti minimi; una volta che tale percentuale sia rispettata, l'offerta non potrà essere esclusa solo perché le mandanti hanno potuto esibire un fatturato maggiore. Del resto non è chi non veda che la lettura della norma proposta dalla ricorrente rischia di indurre una prassi pericolosa, e cioè la presentazione di false dichiarazioni relative al fatturato, che potrebbe essere speso in misura inferiore a quello effettivo proprio allo scopo di evitare l'esclusione delle offerte presentate da raggruppamenti in cui la mandataria abbia i requisiti minimi ma non abbia un fatturato totale più elevato di quello delle mandanti. Nel caso di specie la previsione in esame comportava che la mandataria Itinera Lab esibisse, per i servizi analoghi espletati negli ultimi cinque anni, un fatturato pari almeno al 50,1% di Euro 130.500,00, il che si è verificato. Le medesime considerazioni valgono anche con riferimento al requisito costituito dall'importo dei servizi analoghi svolti negli ultimi dieci anni in ognuna delle classi e categorie cui si riferisce la progettazione oggetto di affidamento: Itinera Lab ha dichiarato di aver svolto lavori di tutte le categorie e classi di interesse per importi largamente superiori a quelli minimi richiesti dal bando. Per quanto riguarda i requisiti in questione, pertanto, la capacità di Itinera Lab di assumere il ruolo di mandataria non poteva essere contestata. Per quanto riguarda, infine, il requisito afferente l'espletamento dei c.d. "servizi di punta", se ne dirà infra.

23.2.2. Sotto diverso profilo la ricorrente incidentale, assumendo che il Raggruppamento Itinera Lab costituisca un raggruppamento di tipo verticale, afferma che ciascuna delle imprese appartenenti al Raggruppamento avrebbe dovuto

dimostrare di possedere al 100% i requisiti con riferimento alle progettazioni di cui ciascuna assumeva, in via esclusiva, la responsabilità. Nella prospettazione della ricorrente incidentale, in particolare, S.A.S.I. Progetti avrebbe assunto la responsabilità esclusiva delle opere di classe Ig III, e quindi avrebbe dovuto dichiarare il valore dei lavori di classe Ig e III afferenti servizi analoghi effettuati negli ultimi dieci anni, onde verificare se erano rispettati i valori indicati nel disciplinare (al punto A.2.9, lett. b): S.A.S.I. Progetti, invece, non ha effettuato alcuna dichiarazione ai fini del requisito in esame, per il quale solo Itinera Lab e l'arch. Nuzzo in proprio hanno speso requisiti.

23.2.2.1. Orbene, il fatto che il Raggruppamento Itinera Lab costituisca un raggruppamento orizzontale cambia completamente la visione del problema, per la ragione che in tal caso è fuor di dubbio che possa e debba trovare applicazione il principio, enunciato ancorquì all'art. 261 comma 7 D.P.R. 207/10, secondo il quale *“Nel caso di raggruppamenti temporanei di cui all'art. 90 comma 1, lett. g) del codice, i requisiti finanziari e tecnici di cui all'art. 263 comma 1 lett. a), b) e d) devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento”*. Tenendo presente che i raggruppamenti temporanei rispondono alla finalità di allargare la platea dei partecipanti alle gare per le commesse pubbliche, in quanto consentono a varie imprese di “mettere in comune” i requisiti di capacità tecnica e finanziaria posseduti da ciascuna (conferma in tal senso si trae dall'art. 48 comma 4 della Direttiva 2004/18/CE del 31/03/2004, ove si legge che *“un raggruppamento di operatori economici di cui all'art. 4 può fare assegnamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti”*), appare evidente che tale previsione deve essere interpretata nel senso che, ai fini del riscontro della sussistenza dei requisiti minimi indicati dal bando, si deve avere riguardo alla sommatoria di tutti i requisiti dichiarati dalle varie imprese del raggruppamento ( in tal senso si veda, ad esempio, anche TAR Puglia-Bari, sez. I, n. 957/2012), dovendosi escludere la necessità che ciascuna impresa posseda, sia pure

in percentuale minima, i requisiti con riferimento ad ognuna delle classi e categorie di opere richieste dal bando (salvo che non sia diversamente previsto dalla legge, come nel caso di cui all'art. 92 comma 2 D.P.R. 207/2010): opinare il contrario, richiedendo che ciascuna impresa posseda una percentuale anche solo irrisoria o simbolica di requisiti con riferimento ad ogni tipo di opera considerata dal bando, significherebbe frustrare l'intento sotteso alla logica dei raggruppamenti temporanei orizzontali, rendendone più difficile la partecipazione. Il Collegio, peraltro, condivide anche il principio espresso dal TAR. Campania-Napoli, sez. VIII, sentenza n. 518/2013, secondo il quale *“Se l'art. 261 comma 7 d.lg. 5 ottobre 2010 n. 207 esclude che la stazione appaltante possa richiedere ad un raggruppamento temporaneo di progettisti di comprovare il possesso in capo a ciascun mandante di una percentuale di requisiti minimi di partecipazione - fermo restando che essi debbano possedere cumulativamente la percentuale dei requisiti minimi che, in aggiunta a quella richiesta al capogruppo, raggiunga il cento per cento dei requisiti richiesti - ciò non significa che il singolo mandante di un raggruppamento tra progettisti possa essere totalmente sprovvisto dei requisiti di qualificazione prescritti dalla legge di gara, purché gli stessi siano posseduti cumulativamente dalla parte mandante nel suo complesso.....”*, e pertanto ritiene che, se non con riferimento a tutte le classi e categorie di opere oggetto del bando, almeno con riferimento ad una o alcune di esse ciascuna mandante deve dimostrare di possedere una percentuale, sia pure piccolissima, di requisiti: una volta effettuata la sommatoria tra i requisiti posseduti da tutte le mandanti e dalla mandataria, se risulterà sussistere il 100% dei requisiti minimi richiesti dal bando, (dei quali almeno il 50,1% dovrà essere posseduto dalla mandataria) il raggruppamento dovrà essere ammesso alla gara.

23.2.2.2. Tanto premesso e chiarito in punto di diritto, va detto che nel caso di specie le dichiarazioni rilevanti ai fini dell'art. A.2.9 lett. b) del disciplinare di gara riguardano solo servizi analoghi effettuati da Itinera Lab e dall'arch. Nuzzo in proprio: a detti fini, invero, non viene espressamente menzionato alcun servizio

analogo effettuato da S.A.S.I. Progetti. Non per questo è però lecito inferire immediatamente che il Raggruppamento non abbia dimostrato di possedere il requisito di cui si tratta, perché: a) l'importo dei lavori per i quali Itinera Lab e l'arch. Nuzzo hanno dichiarato di aver svolto servizi analoghi nell'ultimo decennio è ben superiore, relativamente a tutte le classi e categorie di opere, a quello indicato dal disciplinare, di guisa che questi due soggetti già hanno dimostrato di possedere il 100% del requisito in questione; b) conseguentemente non era necessario che S.A.S.I. Progetti dimostrasse di possedere una percentuale determinata con riferimento a tutte od alcune delle classi e tipologie di opere rilevanti, essendo sufficiente la dimostrazione di un qualsiasi importo di lavori afferente uno qualsiasi dei servizi analoghi rilevanti per la gara; c) come si è visto, S.A.S.I. Progetti ha dichiarato di aver fatturato, nell'ultimo quinquennio, Euro 851.852,00 per prestazione di servizi analoghi, pertanto è evidente che nell'ultimo decennio anche S.A.S.I. Progetti si è occupata della progettazione di lavori ascrivibili ad una, o più, delle classi e categorie di opere indicate nel disciplinare di gara. Ritiene il Collegio che detta dichiarazione non possa non assumere rilevanza anche ai fini del requisito di cui al punto A.2.9. lett. b), perché la dimostrazione dei lavori svolti nell'ultimo decennio non implica la dimostrazione di aver svolto lavori in ciascuno degli anni del decennio, e d'altronde il *favor participationis* impone di interpretare la documentazione fornita dai partecipanti in buona fede e in modo da privilegiare, appunto, la partecipazione, e non la esclusione, di un soggetto da una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico. Nel caso di specie l'operazione è resa possibile anche dalla circostanza che non è necessario stabilire per quale tipologia di opere e per quale importo S.A.S.I. progetti abbia svolto l'attività di progettazione nell'ultimo quinquennio, dal momento che il 100% del requisito in esame è già stato dimostrato dagli altri due soggetti del Raggruppamento.

23.2.2.3. Discende da tutto quanto sopra esposto che anche il secondo sotto-motivo, articolato nell'ambito del primo motivo di ricorso incidentale, deve essere respinto.

23.2.3. Sotto diverso profilo la ricorrente incidentale ha poi rilevato che relativamente al requisito di cui al punto A2.9. lett. c) del disciplinare - afferente il valore delle opere di cui ai due "servizi di punta" svolti, negli ultimi dieci anni, relativamente a tutte le classi e categorie di opere di cui al bando, nell'importo indicato nel disciplinare - il requisito è stato speso solo da Itinera Lab e dall'arch. Nuzzo, che se lo sono "spartito"; nessun requisito è stato invece speso da S.A.S.I. Progetti. Ebbene, secondo la ricorrente incidentale Itinera Lab e l'arch. Nuzzo avrebbero dichiarato un servizio di punta ciascuno, nelle varie classi e categorie, e ciò non sarebbe consentito dall'art. 261 comma 8 del D.P.R. 207/10, costituendo ciò un "frazionamento" del requisito; inoltre si contesta che S.A.S.I. Progetti non ha dichiarato alcun servizio di punta relativamente alle opere della cui progettazione si è fatta carico.

23.2.3.1. Quanto al primo aspetto il Collegio condivide, non essendovi ragione di affermare diversamente, quanto già espresso nella già citata pronuncia del TAR Puglia-Bari, n. 957/2012, secondo la quale il requisito della non frazionabilità è riferito all'importo di ogni singolo servizio di punta, e non alla coppia di tali servizi, di guisa che è ammissibile che uno di essi possa essere posseduto da uno dei partecipanti ad un raggruppamento temporaneo, e l'altro da uno degli altri partecipanti al raggruppamento medesimo. Soggiunge il Collegio che tramite il requisito in questione la stazione appaltante mira a selezionare soggetti che abbiano al proprio attivo esperienze significative, cioè esperienze di servizi afferenti opere di una certa rilevanza economica e tecnica, soggetti che proprio in ragione di tali esperienze offrano garanzia di poter far fronte, dall'inizio alla fine, al servizio oggetto di gara: la non frazionabilità del requisito è quindi determinata dal fatto che tale requisito, per essere significativo, deve riferirsi ad un servizio unico e per tale ragione

tale requisito non può risultare dalla sommatoria del valore di vari servizi di punta effettuati dallo stesso soggetto o da più soggetti componenti un raggruppamento temporaneo. Ciò precisato non si vede per quale ragione si debba pretendere che entrambi i servizi di punta debbano essere effettuati dallo stesso soggetto del raggruppamento, se la *lex specialis* non lo richieda espressamente: del resto anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione, nel parere n. 5/2012, si è espressa nel senso che *“ognuno dei due servizi di punta richiesti per ciascuna classe e categoria dovrà essere stato svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento”*.

23.2.3.2. Quanto al fatto che S.I.S.A. Progetti non abbia esibito alcun servizio di punta, il problema rimane superato dal fatto che il Raggruppamento Itinera Lab deve ritenersi già qualificato per il fatto che per ciascuna classe e categorie di opere sia Itinera Lab che l'arch. Nuzzo hanno dimostrato di aver svolto servizi di punta del valore indicato nel Disciplinare. Il requisito di che trattasi non ha natura soggettiva, bensì oggettiva, e, come osservato anche nel parere dell'A.N.A.C. n. 107 del 21/05/2014, l'intrinseca natura oggettiva di un requisito *“non osta di per sé a che di questo possano giovare anche altre imprese associate o associande. La giurisprudenza ha chiarito che dalla non frazionabilità non può in alcun modo desumersi, quando si tratti di requisiti oggettivi, la circostanza per cui il requisito debba essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate. Al contrario, se uno dei componenti possiede il requisito (oggettivo) deve ritenersi che esso vada a qualificare tutto il raggruppamento se si vuole scongiurare una inammissibile moltiplicazione dei requisiti”*. Alla luce di tali considerazioni si deve affermare che l'art. 263 comma 1 lett. c) del D.P.R. 207/10 non implica che tutte le imprese di un raggruppamento debbano dimostrare di possedere i due servizi di punta; e se si può ammettere che una tale qualificazione venga richiesta dalla stazione appaltante, non si può sottacere che in tal caso deve risultare in modo chiaro, dalla *lex specialis* di gara, la necessità che tutti i soggetti di un raggruppamento dimostrino di aver effettuato la coppia di servizi di punta. Nel caso di specie ciò non è avvenuto e quindi si deve concludere

che la coppia di servizi di punta effettuati da Itinera Lab e dall'arch. Nuzzo sia sufficiente a qualificare l'intero raggruppamento.

23.2.4. Il primo motivo di ricorso incidentale va dunque respinto.

23.3. Infondato è pure il secondo motivo di ricorso incidentale, con il quale si pretende che l'a.t.i. Comitèl dovesse essere esclusa perché, con riferimento al Raggruppamento Itinera Lab., non è possibile desumere con chiarezza quale sia il soggetto nominato capogruppo, in particolare per la ragione che nel modello D, compilato da S.A.S.I. Progetti e dall'arch. Nuzzo in proprio, capogruppo è stato designato "l'arch. Giovanni Nuzzo in qualità di direttore tecnico della ditta Itinera Lab s.r.l.".

23.3.1. Ad avviso del Collegio tale indicazione non è di per sé sufficiente ad indurre incertezze sul soggetto designato effettivamente come capogruppo: al riguardo si richiamano le considerazioni già svolte al precedente paragrafo 23.2.1., alle quali si può aggiungere la considerazione che nei modelli D predisposti da S.A.S.I. Progetti e dall'arch. Nuzzo in proprio il riferimento all'arch. Giovanni Nuzzo viene comunque effettuato in quanto figura incardinata nella Itinera Lab, il che costituisce un dato assai significativo al fine di affermare che Itinera Lab è il soggetto realmente designato come capogruppo.

23.4. Con il terzo motivo di ricorso incidentale si deduce che S.A.S.I. Progetti sarebbe un soggetto inesistente e che, pertanto, all'a.t.i. Comitèl ed al Raggruppamento Itinera Lab siano imputabili false dichiarazioni.

23.4.1. I documenti prodotti dall'a.t.i. Comitèl dimostrano che S.A.S.I. Progetti s.r.l. è una associazione professionale costituita nel 1983 e modificata nel corso del tempo svariate volte: la ricorrente ha prodotto un atto notarile del 2008 nel quale si dà atto delle modifiche intervenute nella associazione nel corso degli anni; con il medesimo atto notarile, inoltre, è dimostrato che l'associazione medesima ha consentito l'ingresso nella compagine sociale degli ingegneri Chiara Barbaro, Federico Blanda

e Giuseppe Maria Zito ed ha conseguentemente apportato modifiche al proprio Statuto. Allo stato non v'è pertanto ragione di ritenere che S.A.S.I. Progetti costituisca un soggetto inesistente (anche se la difesa di a.t.i. Comitel avrebbe potuto produrre documentazione più specifica): il fatto che nella visura della C.C.I.A. di Palermo l'associazione di che trattasi venga data per cessata può ascriversi alla circostanza che nel 1993 gli associati determinarono di mettere l'associazione il stato inattivo, senza procedere alla chiusura della P. Iva, per riattivarla successivamente. In effetti la visura non menziona alcuno degli atti notarili intervenuti negli anni (di cui si dà atto nel rogito prodotto come doc. 4 delle produzioni di Comitel del 12/01/2015), sicché si deve ritenere che la visura stessa non sia aggiornata e quindi non costituisca un documento attendibile ai fini di valutare la fondatezza della censura in esame.

23.5. Con il quarto ed ultimo motivo di ricorso incidentale è stato dedotto che la domanda di partecipazione della a.t.i. Comitel avrebbe dovuto essere esclusa per non aver espresso in modo chiaro l'intenzione di ricorrere al subappalto per l'attività di supporto alla progettazione, ai sensi dell'art. 91 comma 3 del D.P.R. 207/10: osserva in particolare la ricorrente incidentale che mentre le mandanti Renova Restauri ed Emmeci hanno correttamente compilato il modello C, all'uopo selezionando l'opzione relativa alla intenzione di subappaltare o di non subappaltare, Comitel ha invece barrato entrambe le opzioni, con il risultato che non è dato comprendere se essa abbia voluto esprimere l'intenzione di avvalersi del subappalto o il contrario. Ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'a.t.i. Comitel a mente del Disciplinare di gara, che a dire della ricorrente incidentale avrebbe preteso comunque la dichiarazione a pena di esclusione.

23.5.1. Il Collegio osserva che l'art. 7.6. del Disciplinare richiedeva, nel caso di raggruppamento temporaneo, che la dichiarazione di voler subappaltare la commessa fosse presentata su foglio unico sottoscritto da tutte le imprese del

raggruppamento, nel quale avrebbero dovuto essere indicate con precisione le lavorazioni oggetto di subappalto, le categorie di appartenenza delle stesse, la percentuale delle lavorazioni appaltate: tali informazioni venivano richieste, dal Disciplinare, ai fini di verificare la sussistenza, in capo al raggruppamento, delle qualificazioni obbligatorie, ed in coerenza con ciò l'art. 7.6. comminava l'esclusione dalla gara per mancata presentazione della dichiarazione di subappalto solo nei casi in cui si fosse trattato di opere per le quali il raggruppamento non risultasse possedere la necessaria qualificazione.

23.5.2. Nel caso di specie le imprese della a.t.i. Comitel hanno presentato la dichiarazione unica sul modello C, come richiesto dal bando, che hanno sottoscritto ma che non hanno compilato in alcuna parte, laddove si trattava di specificare la tipologia delle opere per le quali v'era l'intenzione di ricorrere al subappalto. Ebbene, è evidente che una tale dichiarazione non può essere valida ai fini dell'art. 7.6. del Disciplinare tuttavia, poiché non è contestato che la a.t.i. Comitel possedesse da sola tutti i requisiti di qualificazione necessari in relazione alle varie tipologie di opere. Il Collegio, pertanto, ritiene che non si possa pervenire alla affermazione per cui la stazione appaltante avrebbe dovuto escluderla,

23.6. Conclusivamente il ricorso incidentale va respinto.

24. Si passa ora ad esaminare l'eccezione preliminare di tardività sollevata sia dalla Stazione appaltante che da Cerutti Lorenzo s.r.l. con riferimento alla proposizione del ricorso principale: essa è infondata.

24.1. Benché sia evidente che nel caso di specie il ricorso abbia ad oggetto non solo la determinazione del Comune di Vercelli di autorizzare il subentro della Cerutti Lorenzo s.r.l. ma anche la stessa aggiudicazione dell'appalto a favore di LIS s.r.l., e sebbene il ricorso introduttivo del giudizio sia stato portato alla notifica quando il termine per l'impugnazione della aggiudicazione definitiva era abbondantemente trascorso, il gravame proposto dalla a.t.i. Comitel non può considerarsi irricevibile

poiché in realtà esso si fonda su fatti e provvedimenti tutti successivi al provvedimento di aggiudicazione.

24.2. A tale riguardo il Collegio rileva che la Corte di Giustizia, con sentenza pronunciata l'8/05/2014 nella causa C-161/13, caso Idronamica, dopo aver ricordato che nel caso Uniplex (caso C-406/2008) la Corte si era già espressa nel senso che il principio della certezza del diritto ed il *favor* per la celerità delle procedure di gara impone che le informazioni ottenute a seguito di accesso agli atti di gara non possono servire a proporre un ricorso dopo la scadenza del termine previsto a tale scopo dalla normativa nazionale, ha ulteriormente precisato che si deve ritenere possibile la riapertura di detto termine quando alla decisione lesiva abbia fatto seguito, successivamente, una nuova decisione che abbia modificato quella precedente e sempre che si possa affermare che il ricorrente non era già prima in condizione di apprezzare - sulla base delle informazioni ottenute a tempo debito o di quelle che avrebbe potuto tempestivamente ottenere con l'ordinaria diligenza - l'esistenza di eventuali violazioni della normativa relativa alle procedure di gara. Per chiarezza espositiva va precisato che nel caso sottoposto alla attenzione della Corte si era verificato che successivamente alla aggiudicazione definitiva ed alla scadenza del termine di 30 giorni, di cui all'art. 120 comma 5 c.p.a., per l'impugnativa della medesima, la stazione appaltante aveva consentito il recesso di una delle imprese facenti parte del raggruppamento aggiudicatario, provvedendo poi alla stipula del contratto con quel raggruppamento che però, nella sopravvenuta nuova formazione, non coincideva con quello aggiudicatario. La Corte, pur enunciando il principio di cui sopra, non ha mancato di rilevare che nella specie l'interessato aveva in realtà censurato irregolarità commesse prima della originaria aggiudicazione dell'appalto, ed ha quindi ribadito che in linea generale, e fatto salvo il caso di intervenuta modifica della determina di aggiudicazione definitiva, la possibilità di spiegare ricorso deve intendersi garantita solo entro il termine di impugnazione riconosciuto

in generale dalla normativa nazionale, fatte salve diverse disposizioni riconosciute espressamente dal diritto nazionale.

24.3. Ebbene, ritiene il Collegio che il principio menzionato nel dianzi ricordato precedente della Corte di Giustizia si attagli perfettamente al caso di specie, caratterizzato dal fatto che tutte le irregolarità contestate alla Stazione appaltante risalgono ad epoca posteriore alla scadenza del termine per proporre ricorso contro la aggiudicazione definitiva pronunciata, il 15/05/2014, a favore di LIS s.r.l. : si deve rilevare, tra l'altro, che seppure la a.t.i. Comitel avesse esercitato il c.d. "*accesso informale*" nei dieci giorni successivi alla comunicazione della suddetta aggiudicazione (ossia entro il 29/05/2014), essa non avrebbe potuto avere contezza dei fatti che rendevano illegittima l'aggiudicazione a favore di LIS s.r.l. ed il subentro a favore di Cerutti Lorenzo s.r.l., posto che tali fatti si sono verificati e/o sono emersi solo in epoca successiva.

24.4. La Stazione appaltante ha poi ritenuto di dover comunicare alla ricorrente, ed alle altre ditte partecipanti alla gara, non l'avvenuto subentro ma solo la stipula del contratto con Cerutti Lorenzo s.r.l., ciò che ha fatto con comunicazione del 14/11/2014. Nel frattempo la a.t.i. Comitel, allertata dal fatto che a distanza di mesi non era ancora pervenuta la comunicazione relativa alla stipula del contratto, esercitava l'accesso agli atti il 15/10/2014, finendo poi per passare a notificare il ricorso introduttivo del giudizio il 12/11/2014.

24.5. L'impugnativa spiegata nell'odierno giudizio risulta quindi assolutamente tempestiva non solo con riferimento alla determina del 23/10/2014, che ha autorizzato il subentro di Cerutti Lorenzo s.r.l., ma anche nei confronti della aggiudicazione pronunciata il 15/05/2014: ciò per la ragione che il termine per impugnare questa ultima si è riaperto per effetto della adozione di atti modificativi della stessa e, decorrendo dal momento in cui la ricorrente ha avuto contezza dei vizi che la affliggevano, risulta in concreto essere stato rispettato.

25. Si passa all'esame del merito del ricorso, che è fondato.

25.1. In data 9/07/2014 la Cassa Edile ha emesso un D.U.R.C. dal quale – come si è detto nella narrativa di fatto - emerge che LIS s.r.l. all'11/06/2014 era in debito nei confronti dell'INAIL per circa 39.000,00 euro, per mancato versamento di premi assicurativi relativi agli anni 2013 e 2014; nonché nei confronti dell'INPS, per circa 545.000,00 euro, per mancato versamento di contributi nel corso dell'anno 2014; inoltre LIS s.r.l. neppure risultava in posizione regolare nei confronti della Cassa Edile.

25.2. E' evidente che la situazione di irregolarità in cui versava LIS s.r.l., afferendo ad un periodo precedente la aggiudicazione del 15/05/2014, era astrattamente tale da precludere la stessa. Tuttavia secondo la Stazione appaltante e la controinteressata una tale irregolarità nel caso di specie non era in grado di inficiare la legittimità della aggiudicazione impugnata e degli atti successivi, in quanto emersa successivamente in un D.U.R.C. illegittimo perché non preceduto dall'invito alla regolarizzazione nel ristretto termine di quindici giorni indicato dall'art. 31 comma 8 D.L. 69/2013 e dall'art. 7 del D.M. 24/10/2007. Inoltre si dover tenere presente che la mancata regolarizzazione doveva ascrivere alla procedura di concordato, che aveva impedito a LIS s.r.l. di effettuare qualsivoglia pagamento. Al proposito il Collegio osserva quanto segue.

25.3. Ai sensi dell'art. 38 comma 1 del lett. i) del D. L.vo 163/06, sono causa di esclusione dalle procedure aventi ad oggetto l'aggiudicazione di appalti pubblici le *“violazioni gravi, e definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali”*. Come già affermato dalla Adunanza Plenaria n 8/2012 e perspicuamente ricordato nella recente pronuncia del TAR Lazio, sez. III *ter*, n. 1172/2015, il D.M. 24/10/2007 - adottato ai sensi dell'art. 1 comma 1176 della L. 296/06 e richiamato dall'art. 38 comma 2 del D. L.vo 163/2006, come modificato dal D.L. 70/2011 - disciplina il rilascio del Documento Unico di Regolarità

Contributiva in modo generale ed unitario quale che sia la finalità per la quale il D.U.R.C. viene richiesto, e quindi anche ai fini della spendita di tale attestazione nell'ambito di un gara per l'affidamento di un appalto pubblico. Questo D.M. prevede in particolare cosa debba intendersi per "grave violazione" alla normativa previdenziale e quali siano le situazioni che, pur in presenza di debiti contributivi, consentono comunque il rilascio del D.U.R.C., cioè il rilascio di un D.U.R.C. che attesti una posizione regolare. Tale disciplina induce dunque ad affermare che, in linea di principio, il D.U.R.C. deve attestare solo irregolarità gravi e "definitivamente accertate" e che, pertanto, l'emissione di un D.U.R.C. negativo fa già presumere, *juris et de jure*, la sussistenza violazioni gravi e "definitivamente accertate". Correlativamente l'Adunanza Plenaria n. 8/2012 ha inoltre già chiarito che, proprio al fine di garantire uniformità nell'ordinamento giuridico alle nozioni di "*violazioni gravi*" e di "*violazioni definitivamente accertate*", la relativa valutazione deve essere rimessa solo agli enti preposti al rispetto della normativa in materia previdenziale, senza che si possa riconoscere alle stazioni appaltanti, nell'esercizio di un sindacato autonomo, il potere di discostarsi dalle risultanze del D.U.R.C..

25.4. Applicati i summenzionati principi al caso di specie non si può non rilevare che il Comune di Vercelli, accedendo alla tesi della controinteressata secondo cui il D.U.R.C. del 9/07/2014 non doveva essere tenuto in considerazione in quanto non preceduto dall'invito alla regolarizzazione, che a sua volta sarebbe stata preclusa da fatti indipendenti dalla volontà di LIS, di fatto ha sovrapposto una propria valutazione a quella degli enti previdenziali ed ha così proceduto ad una non consentita disapplicazione del D.U.R.C. stesso, e ciò nonostante che, come già precisato – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato avesse da oltre due anni chiarito la vincolatività del D.U.R.C. per le stazioni appaltanti. Il Comune di Vercelli, pertanto, ricevute le osservazioni della contro interessata, presentate nell'ambito del procedimento finalizzato all'annullamento della aggiudicazione, avrebbe piuttosto

dovuto invitare LIS a chiedere agli stessi enti previdenziali la revisione del D.U.R.C. sulla base della situazione venutasi a creare e, semmai, solo dopo che gli enti previdenziali avessero rilasciato una attestazione di regolarità contributiva, avrebbe potuto considerare la possibilità di archiviare il procedimento di annullamento della aggiudicazione.

25.5. D'altro canto, anche a voler ritenere che questo Giudice possa sindacare, in via meramente incidentale, la legittimità del D.U.R.C. - ciò che parrebbe ammesso alla luce di quanto si legge nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V n. 781/2015 – il Collegio non è dell'avviso che il D.U.R.C. di cui si discute possa essere tacciato di irregolarità.

25.5.1. Anzitutto non v'è alcuna prova del fatto che esso non sia stato rilasciato dopo l'instaurazione di un contraddittorio tra gli enti previdenziali e LIS s.r.l.: ciò costituisce una affermazione che LIS ha effettuato nel corso del procedimento di annullamento in autotutela della aggiudicazione e che peraltro né essa ha dimostrato né il Comune di Vercelli si è premurato di Vercelli, chiedendo al proposito chiarimenti alla Cassa Edile.

25.5.2. In secondo luogo il Collegio osserva che l'avvenuta presentazione della domanda di concordato preventivo, che LIS aveva tenuto celata al Comune di Vercelli e sulla quale ha dovuto "scoprirsi" nel momento in cui il Comune ha comunicato l'avvio del procedimento di annullamento della aggiudicazione, ha dimostrato, sia pure a posteriori, che essa non aveva la liquidità necessaria per far fronte alla regolarizzazione (la quale, si rammenta, richiedeva l'immediato versamento di almeno 585.000,00 euro), quantomeno nei termini ristretti previsti dall'art. 31 comma 8 D.L. 69/2013 e dall'art. 7 comma 3 del D.M. 24/10/2007. Ragione per cui si deve affermare che, ove pure la Cassa Edile avesse chiesto a LIS di regolarizzare la propria posizione, questa non vi avrebbe provveduto: di ciò sono perfettamente consapevoli le difese del Comune e delle controinteressate, che infatti

puntano soprattutto a giustificare la mancata regolarizzazione (che del resto, volendo, LIS avrebbe ben potuto effettuare spontaneamente appena dopo l'aggiudicazione e prima di proporre la domanda di concordato) con la pendenza della procedura di concordato preventivo e con il divieto imposto dal Tribunale di effettuare qualsiasi pagamento nel tempo necessario a LIS per formulare una proposta di concordato definitiva.

25.5.3. Il Collegio, tuttavia, non ritiene che la presentazione della domanda di concordato preventivo potesse determinare gli Enti previdenziali, ove informati a tempo debito, ad emettere un D.U.R.C. regolare e ciò per la ragione che la pendenza di procedure concorsuali non costituisce di per sé, ai sensi del D.M. 24/10/2007, causa per l'emissione di un D.U.R.C. regolare. Ritiene il Collegio che la pendenza della procedura concorsuale, o l'intenzione di chiedere un concordato preventivo, avrebbe potuto forse indurre gli Enti previdenziali a concedere una rateizzazione, e quella rateizzazione, ai sensi dell'art. 5 comma 2 lett. b) del D.M. 24/10/2007, avrebbe consentito l'emissione di un D.U.R.C. positivo, attestante cioè la regolarità della posizione contributiva di LIS. Questa ultima, però, non ha dedotto né dimostrato di aver chiesto di saldare i propri debiti previdenziali prima della presentazione della domanda di concordato, né ha dedotto e dimostrato di aver chiesto ed ottenuto (sia dalla Cassa Edile che dal Tribunale Fallimentare) di poter saldare o rateizzare il debito (è d'uopo rammentare che ai sensi dell'art. 161 comma 7 L.F. nonché ai sensi dello stesso decreto 27/06/2014 del Tribunale Fallimentare, eventuali atti di straordinaria amministrazione avrebbero potuto essere compiuti su autorizzazione del Tribunale, se adeguatamente documentata l'urgenza di compierli: non corrisponde al vero, quindi, che la presentazione della domanda di concordato ha determinato una preclusione a priori ad effettuare i pagamenti necessari a regolarizzare la posizione contributiva). E' bene precisare, tuttavia, che ove pure in giudizio fosse stato dimostrato il rifiuto del Tribunale Fallimentare di autorizzare i

pagamenti necessari a regolarizzare la posizione contributiva di LIS, ciò non avrebbe potuto cambiare nulla ai fini della aggiudicazione dell'appalto: il fatto che la pendenza di procedure concorsuali di per sé non costituisca causa di emissione di un D.U.R.C. positivo significa che il legislatore ha effettuato una precisa scelta nel senso di non attribuire a tali procedure, ai fini della emissione del D.U.R.C., una rilevanza giustificativa degli omessi pagamenti (rilevanza che invece è stata riconosciuta ai contenziosi aventi ad oggetto la sussistenza del debito contributivo), il che, del resto, è perfettamente coerente con la previsione di cui all'art. 38 comma 1 lett. a), secondo la quale debbono essere esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici i soggetti nei cui riguardi sia in corso una procedura concorsuale, salvo il caso di cui all'art. 186 bis L.F.

25.5.4. Né è condivisibile l'assunto secondo il quale il decreto del Tribunale Fallimentare del 27/06/2014 avrebbe dovuto indurre un D.U.R.C. positivo ai sensi dell'art.5 comma 2 lett. b) del D.M. 24/10/2007. Tale disposizione tende evidentemente a conciliare l'effetto di previsioni legislative che direttamente autorizzano la sospensione del pagamento di debiti previdenziali (tali, ad esempio, le disposizioni che sospendano i pagamenti a favore di aziende colpite da catastrofi naturali) con le risultanze delle informazioni a disposizione degli enti previdenziali, coerentemente impedendo che il D.U.R.C., per la funzione che esso assolve, possa qualificare come irregolare un omesso pagamento che irregolare non è in quanto autorizzato (e peraltro non imposto) da una disposizione legislativa.

25.5.4.1. Orbene, si è visto che la presentazione di una domanda di concordato preventivo non costituisce di per sé una causa ostativa assoluta al pagamento dei pregressi debiti contributivi, per effettuare i quali, come si è visto, il debitore può chiedere una speciale autorizzazione al Tribunale fallimentare. Qui si deve aggiungere che la pendenza di una procedura di concordato preventivo soprattutto non può considerarsi alla stregua di una "disposizione legislativa" che consenta di

sospendere il pagamento di contributi previdenziali e ciò per la ragione che una procedura di concordato preventivo si apre solo per volontà del debitore, di guisa che le limitazioni ad effettuare i pagamenti, conseguenti alla domanda presentata dal debitore, debbono in definitiva ascrivere ad un atto volontario del debitore, e non ad una disposizione legislativa. Dopo di che non si può far altro che ribadire che le procedure concorsuali, con le limitazioni che esse comportano ad effettuare pagamenti da parte del debitore, non sono considerate dal D.M. 24/10/2007 come causa di emissione di un D.U.R.C. che attesti la regolarità contributiva del debitore, e questa considerazione è assolutamente dirimente a taglia la testa a qualsiasi argomento con il quale si tenti di giustificare con la pendenza di una di tali procedure l'omesso pagamento di debiti previdenziali.

25.5.5. Il Collegio ritiene, conclusivamente, in esito ad una valutazione di natura incidentale, che il D.U.R.C. emesso dalla Cassa Edile il 9/07/2014 fosse corretto e che pertanto l'aggiudicazione pronunciata a favore di LIS era illegittima e doveva essere annullata dal Comune di Vercelli.

26. A prescindere dalla illegittimità della aggiudicazione, va detto che anche la determina di subentro del 23/10/2014 è viziata, vero essendo che nel momento in cui il contratto d'affitto d'azienda stipulato tra LIS e Cerutti Lorenzo prendeva efficacia, LIS aveva già perso la disponibilità della posizione giuridica conseguente alla aggiudicazione.

26.1. Come precisato nella narrativa di fatto, il contratto di affitto d'azienda di che trattasi risulta sottoposto ad alcune condizioni sospensive (conclusione positiva delle procedure sindacali ex L. 428/90, assunzione, da parte di Cerutti Lorenzo, di 60 dipendenti di LIS; raggiungimento di un accordo sindacale): sulla natura sospensiva di tali condizioni non v'è contestazione in giudizio, e peraltro tale natura emerge chiaramente dal contratto, che le definisce espressamente tali. Al punto 3.1. comma 2 del contratto le parti hanno poi stabilito che *“Tali condizioni, ritenute essenziali, si*

*considereranno avverate con consegna all’Affittuaria dei relativi documenti comprovanti l’avveramento di tutte le condizioni sospensive. Gli effetti del presente atto si produrranno dal momento in cui verrà sottoscritto l’atto ricognitivo di avvera mento delle condizioni che costituirà “data di efficacia e decorrenza” dell’affitto del Ramo d’Azienda (di seguito “Data di efficacia”). Tale atto verrà stipulato congiuntamente presso un notaio scelto da Cerutti”.*

26.1.1. Orbene, il codice civile, all’art. 1360 comma 1, stabilisce che “*Gli effetti della condizioni retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati ad un momento diverso*” e nel caso di specie è evidente che le parti hanno voluto derogare alla regola generale della retroattività della condizione, stabilendo in modo espresso (addirittura sottolineando nel testo contrattuale le parole “*che costituirà data di efficacia e decorrenza*”) che il contratto avrebbe preso efficacia solo all’atto della stipula dell’atto ricognitivo dell’avveramento delle condizioni, atto che in concreto è stato sottoscritto solo il 4/09/2014. Non ci fosse stata una tale clausola, e se le parti si fossero anche solo imitate ad affermare la necessità dell’atto ricognitivo, senza nulla specificare in ordine alla decorrenza della efficacia del contratto, questa ultima sarebbe stata quella della stipula, cioè il 20/06/2014. Ma le parti, come già detto, hanno chiaramente voluto che il contratto prendesse efficacia solo dal momento della stipula dell’atto ricognitivo, con ciò addivenendo ad una pattuizione del tutto legittima in quanto consentita dall’art. 1360 comma 1 c.c.

26.2. Ciò chiarito, va ancora detto che la domanda di concordato preventivo presentata da LIS il 24/06/2014 ne ha automaticamente decretato, ai sensi dell’art. 38 comma 1 lett. a) C.C.P., la sopravvenuta carenza di legittimazione a partecipare alla gara, a rendersi aggiudicataria ed a stipulare il contratto: solo il concordato con continuità aziendale previsto all’art. 186 bis del R.D. 267/42 avrebbe evitato questo risultato, e nella specie non risulta che LIS abbia proposto un concordato ex art. 186 bis L.F.

26.2.1.LIS e Cerutti Lorenzo, invero, non hanno prodotto in giudizio copia della domanda di ammissione al concordato. Dal decreto 27/06/2014 del Tribunale di Milano, comunque, si desume che la domanda sia stata presentata ai sensi dell'art. 161 comma 6 L.F., con riserva, cioè, di formulare successivamente il vero e proprio piano di concordato. E' quindi evidente che tale domanda, non contenendo ancora la formulazione compiuta di un piano di concordato, non può contenere neppure la previsione della continuità aziendale e non può essere considerata utile ai fini di affermare che LIS non andava esclusa dalla gara: al proposito il Collegio ritiene di dover precisare che l'art. 38 comma 1 lett. a), laddove fa salva la partecipazione alle gare pubbliche delle imprese che abbiano chiesto il concordato con continuità aziendale, deve essere interpretata in modo rigoroso, esprimendo detta previsione una importante deroga ad un principio posto a presidio della corretta esecuzione dei contratti. Di conseguenza il Collegio ritiene che la partecipazione alle gare pubbliche possa essere consentita solo alle aziende che abbiano già presentato un piano concordatario che preveda la continuità aziendale e che i medesimi effetti non possono invece essere annessi alle proposte di concordato che non siano ancora formulate in modo definitivo, dal momento che tali proposte possono sfociare in varie tipologie di concordato nell'ambito delle quali la continuità aziendale è costituisce solo una possibilità.

26.2.2. Peraltro va ricordato che l'art. 186 bis L.F. è chiaro nel subordinare la partecipazione a gare per l'affidamento di appalti pubblici, da parte di imprese in concordato preventivo con continuità aziendale, alla condizione che venga prodotta in gara: a) la relazione di un professionista che attesti la conformità della partecipazione alla gara al piano di concordato e la ragionevole capacità di adempimento al contratto; b) la dichiarazione di un altro soggetto operatore, in possesso dei requisiti di qualificazione, che si impegni nei confronti della impresa in concordato e della stazione appaltante a subentrare nel contratto e a garantirne

l'esecuzione, in caso di fallimento della aggiudicataria. Tale documentazione non risulta sia mai stata prodotta in gara e certamente non è stata prodotta in giudizio, di guisa che il Collegio non può che affermare, allo stato degli atti, che ove pure LIS avesse formulato sin dal 24/06/2014 una proposta compiuta di concordato con continuità aziendale – il che non è dimostrato -, ciò non avrebbe comunque potuto impedire la sua esclusione dalla gara, non avendo LIS prodotto la documentazione aggiuntiva indicata all'art. 186 *bis* comma 5 L.F.

26.3. Alla luce delle statuizioni che precedono è chiaro che nel momento in cui il contratto d'affitto s'azienda stipulato tra LIS e Cerutti Lorenzo ha preso efficacia, LIS non aveva più la disponibilità della situazione giuridica connessa alla aggiudicazione dell'appalto per cui è causa. Le cause di esclusione dalle gare d'appalto, invero, operano di diritto, e la stazione appaltante non è legittimata, al proposito, ad effettuare alcuna valutazione discrezionale; conseguentemente il venir meno, al 24/06/2014, della capacità di LIS ad essere aggiudicataria ed a rendersi parte contraente, ha inciso automaticamente, cioè a prescindere dalla adozione di un atto della Stazione appaltante, sul contenuto del contratto d'affitto d'azienda, nel senso che dal coacervo di situazioni giuridiche oggetto dell'affitto è rimasta automaticamente sottratta l'aggiudicazione per cui è causa ed il conseguente contratto. Il Comune di Vercelli, conclusivamente, a prescindere dalle problematiche afferenti la continuità della certificazione SOA esibita da Cerutti Lorenzo, non avrebbe comunque potuto autorizzare il subentro di Cerutti Lorenzo ed a maggior ragione non avrebbe dovuto addivenire alla stipula del contratto d'appalto con la medesima per ragioni.

27. Venendo alla disamina delle domande formulate dalla a.t.i. Comitel, il Collegio ritiene, anzitutto, di dover accogliere la domanda di annullamento della aggiudicazione pronunciata a favore di LIS s.r.l. il 15/05/ 2014, che è illegittima per non aver tenuto in conto le risultanze del D.U.R.C. del 9/07/2014: tale

annullamento si impone in considerazione del fatto che il contratto è in corso di esecuzione, che la ricorrente ha tuttora interesse a subentrarvi e che l'annullamento della aggiudicazione è idoneo a determinare anche la caducazione della determina del 23/10/2014, con cui è stato sostanzialmente autorizzato il subentro di Cerutti Lorenzo s.r.l. nella posizione di aggiudicataria. Va ancora ricordato che l'art. 34 comma 3 c.p.a. legittima il giudice ad accertare l'illegittimità dell'atto impugnato ai fini risarcitori solo quanto risulti che l'annullamento non risulta più utile per il ricorrente, ciò che nella spese non si può affermare; e che dalla pronuncia di annullamento di una decisione di aggiudicazione in materia di appalti pubblici discende, a carico del Giudice Amministrativo, la responsabilità di valutare se dichiarare, o meno, l'inefficacia del contratto in base a determinati criteri. L'omesso annullamento della aggiudicazione oggetto di gravame, quindi, integrerebbe non solo un grave vizio della presente sentenza, per una omessa pronuncia, ma anche una indebita sottrazione a precisi doveri gravanti sul Collegio.

27. L'annullamento della aggiudicazione determina, come già precisato, la caducazione della determina del Comune di Vercelli del 23/10/2007, a mezzo della quale si è dato atto dell'intervenuto subentro di Cerutti Lorenzo s.r.l. nella posizione di aggiudicataria in luogo di LIS s.r.l. Peraltro quanto precisato al precedente paragrafo 26 relativamente agli effetti della presentazione della domanda di concordato preventivo da parte di LIS avrebbe comunque dovuto condurre all'annullamento di tale determina, che ha sostanzialmente consentito il subentro nella posizione di aggiudicataria ad un soggetto che tale posizione non poteva aver acquisito perché non più esistente (al momento del supposto acquisto).

28. Il ricorso per motivi aggiunti, che ha ad oggetto l'annullamento della nota con cui il Comune di Vercelli ha comunicato l'avvenuta stipula del contratto con Cerutti Lorenzo s.r.l. può essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

29. Nonostante la presente pronuncia travolga completamente gli effetti della aggiudicazione e dell'atto di subentro di Cerutti Lorenzo nella posizione di aggiudicataria, il Collegio ritiene, nondimeno, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., di non dover dichiarare l'inefficacia del contratto.

29.1. Va anzitutto precisato che la declaratoria di inefficacia del contratto nel caso di specie non può ritenersi imposta dall'art. 121 c.p.a., giacché non è dato riscontrare alcuna delle grave violazioni contemplate da tale norma: in particolare neppure si constata la violazione delle clausole di *stand-still*, posto che il contratto è stato stipulato in data 12/11/2014, cioè trascorsi ben più di 35 giorni dalla aggiudicazione, e comunque prima che il Comune di Vercelli ricevesse la notifica del ricorso introduttivo del giudizio.

29.2. Ai sensi dell'art. 122 c.p.a. il Giudice che annulla l'aggiudicazione decide se dichiarare l'inefficacia del contratto nell'esercizio di un potere discrezionale (C.d.S. sez.VI n. 4225/2014), che deve comunque essere esercitato tenendo presente alcuni criteri determinati dalla norma e, tra le altre situazioni, anche l'interesse delle parti e lo stato di esecuzione del contratto. Nel caso di specie il Comune di Vercelli ha dedotto, senza essere in ciò efficacemente contestato dalle parti resistenti, che il contratto di che trattasi è già in corso di esecuzione da diversi mesi; che Cerutti Lorenzo, in particolare, ha ricevuto la consegna dei lavori addirittura anticipatamente sul contratto; che l'appalto risulta finanziato con fondi europei stanziati per la riqualificazione di aree degradate, i quali fondi sarebbero stato concessi a condizione che entro la fine del corrente anno 2015 i lavori risultino terminati e collaudati, pena la decadenza dal finanziamento e l'obbligo di restituire quanto già percepito, aumentato da eventuali sanzioni. La scadenza dei lavori è inoltre indicata sul sito Web del Comune. Orbene, il subentro di una impresa nei lavori intrapresi da altra impresa comporta comunque un rallentamento,, connesso alla necessità di effettuare un verbale sullo stato dei luoghi e dei lavori, di rimuovere

le attrezzature della impresa uscente, di far constare eventuali vizi di cui la impresa subentrante non voglia accollarsi la responsabilità, et altre situazioni del genere., .Altri ritardi potrebbero essere determinati, ad esempio, dalla necessità di rifare i contratti con vari fornitori, ove la a.t.i. Comitel non fosse disponibile a confermare le condizioni già con essi concordate da Cerutti Lorenzo s.r.l.

29.3. Il Collegio reputa pertanto che sarebbe un azzardo dichiarare l'inefficacia del contratto già in essere per consentire alla a.t.i. Comitel di subentrarvi, dovendosi considerare che ove il Comune di Vercelli incorresse nella decadenza dal finanziamento andrebbe incontro all'obbligo di restituire i fondi ricevuti maggiorati di interessi e sanzioni, ciò che rischierebbe di creare seri problemi di liquidità all'Ente, e quindi l'incapacità di assicurare i servizi usuali,, finendo una tale operazione per gravare iniquamente ed in modo sproporzionato sulla popolazione locale.

30. Può invece essere accolta la domanda formulata da a.t.i. Comitel in via meramente subordinata, finalizzata ad ottenere un risarcimento per equivalente.

30.1. Per effetto del comportamento tenuto dalla Stazione appaltante la a.t.i. Comitel, seconda classificata dopo LIS s.r.l., non è stata dichiarata aggiudicataria e non ha potuto stipulare il contratto: quindi il danno che essa ha ricevuto è quello conseguente alla mancata stipula del contratto ed alla mancata realizzazione delle opere.

30.1.1. Va precisato, al riguardo, che Cerutti Lorenzo ha eccepito che a seguito della esclusione di LIS dalla gara, il Comune di Vercelli dovrebbe nuovamente rideterminare la soglia di anomalia, e di seguito a tale operazione non è certo che la a.t.i. Comitel risulterebbe la prima in graduatoria. La ricorrente ha replicato a tale obiezione producendo il prospetto di una simulazione, dalla quale risulta che anche a seguito della esclusione di LIS essa rimarrebbe aggiudicataria. Tale simulazione non è stata contestata e del resto deve rilevarsi che il Comune di Vercelli non ha

sollevato una analoga contestazione né le parti resistenti hanno mai eccepito in giudizio la carenza di legittimazione ad agire della a.t.i. Comitel perché questa non sarebbe aggiudicataria. Il Collegio ritiene, conclusivamente, che al giudizio sia stata acquisita una prova sufficiente circa il fatto che la a.t.i. Comitel sarebbe risultata aggiudicataria dopo l'esclusione dalla gara di LIS.

30.2. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, la recente sentenza di questa Sezione n. 188/2015, ha aderito all'orientamento per cui *“in materia di risarcimento da mancato affidamento di gare pubbliche di appalto non è necessario provare la colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice come ulteriore presupposto del risarcimento da adozione di provvedimento illegittimo (da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4586); con sentenza in data 30 settembre 2010, C-314/09, la Terza Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha infatti affermato che la vigente normativa europea che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da un'amministrazione pubblica che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione e di conseguenza, al fine della configurabilità della risarcibilità dei danni per equivalente in materia di appalti pubblici, si può prescindere dall'accertamento della sussistenza della colpa.”*

30.3. Per quanto attiene, invece, al *quantum debeatur*, il Collegio osserva che non v'è prova agli atti, né è stato dedotto dalla Stazione appaltante e dalle controinteressate, che la a.t.i. Comitel abbia svolto, a partire dall'ottobre 2014 - cioè da quando i lavori oggetto di causa sono stati consegnati a Cerutti Lorenzo s.r.l. - altri lavori sostitutivi a quelli oggetto di causa, che abbiano compensato il mancato guadagno derivante dalla perdita del contratto di cui sopra. D'altro canto occorre considerare che non appare sensato pretendere che essa impiegasse le proprie maestranze in altre opere, stante la breve durata del contratto e la aspettativa che essa aveva di subentrare di lì a poco nel contratto. Conseguentemente il Collegio ritiene equo riconoscere alla a.t.i. Comitel, conformemente ad un consolidato orientamento di giurisprudenza

(sul quale si può richiamare ancora la dianzi citata pronuncia di questo Tribunale n. 188/2015) l'intero danno commisurato al presumibile utile che essa avrebbe ritratto dalla esecuzione del contratto.

30.4. Considerato che l'annullamento della aggiudicazione comporta che l'appalto avrebbe dovuto essere riaggiudicato ad a.t.i. Comitel secondo l'offerta da questa presentata (e non secondo l'offerta di LIS), il danno dovuto alla ricorrente deve essere calcolato in ragione del 10% sul prezzo posto a base d'asta, previamente decurtato anzitutto degli oneri non soggetti a ribasso e dipoi decurtato ulteriormente del ribasso del 25,5210% offerto dalla a.t.i. Comitel (risultante dalla simulazione prodotta dalla ricorrente come doc.5 delle produzioni del 12/01/2015. Tale danno, da intendersi comprensivo del danno curriculare, non specificamente provato, è già attualizzato e pertanto dovrà essere aumentato dei soli interessi legali dal giorno della pubblicazione della presente decisione al soddisfo.

31. Considerata la singolarità della vicenda il Collegio ritiene di dover rimettere copia della presente decisione e degli atti del giudizio alla Procura regionale presso la Corte dei Conti in sede, affinché la stessa valuti la sussistenza di eventuale responsabilità erariale a carico dei funzionari responsabili della adozione degli atti della gara oggetto del giudizio.

32. Il ricorso va conclusivamente accolto nei sensi di cui in motivazione. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il ricorso incidentale proposto da Cerutti Lorenzo s.r.l.;
- accoglie il ricorso principale e per l'effetto: a) annulla l'aggiudicazione definitiva pronunciata dal Comune di Vercelli a favore di LIS s.r.l. con determina del

15/05/2014; b) annulla e comunque dichiara priva di effetti giuridici la determina del 23/10/2014 n. 3187 con cui il Dirigente del Settore Urbanistica e Sviluppo Economico del Comune di Vercelli ha consentito al subentro della Cerutti Lorenzo s.r.l. nella posizione di aggiudicataria;

- dichiara improcedibile il ricorso per motivi aggiunti depositato il 17/12/2014 da a.t.i. Comitel;

- respinge la domanda tendente alla declaratoria di inefficacia del contratto stipulato, in esito agli atti annullati, tra il Comune di Vercelli e Cerutti Lorenzo s.r.l.;

- condanna il Comune di Vercelli, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., a corrispondere alla ricorrente a.t.i. Comitel, per le causali di cui in motivazione, il risarcimento del danno per equivalente, da quantificarsi come da punto 30.4. della motivazione della presente sentenza.

- condanna il Comune di Vercelli, LIS s.r.l. e Cerutti Lorenzo s.r.l., in solido tra loro, al pagamento, a favore della ricorrente a.t.i. Comitel, delle spese del giudizio, che si liquidano, tenuto conto della natura della controversia, della molteplicità delle questioni trattate e della qualità delle difese, in E. 4.000,00 (euro quattromila), oltre il contributo unificato relativo ai due ricorsi, IVA e CAP come per legge;

- dispone che copia della presente decisione e degli atti del giudizio sia trasmessa alla Procura Regionale presso la Corte dei Conti di Torino, per le valutazioni di competenza;

- manda alla cancelleria per le comunicazioni di rito.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario, Estensore

Antonino Masaracchia, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)